I. N. S. S. T.

DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA

De

NATURA ATQUE

DIFFERENTIIS ACTIONUM BONÆ FIDEI ET STRICTI JURIS IN JURE CIVILI,

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Quam

Divinâ aſpirante Gratiâ,

Conſenſu & Decreto Magnifici JCtorum Ordinis,

PRÆSIDE

VIRO

Præ-Nobiliſſimo, Ampliſſimo, Conſultiſſimo atque Excellentiſſimo,

DN. JOH. VOLK. Bechman/

JCto, & Anteceſſore celeberrimo, Conſiliario Saxonico, Dicaſterii Provincialis, Facultatis Juridicæ & Scabinatus Aſſeſſore graviſſimo,

Patrono ac Præceptore ſuo ætatèm devenerando,

PRO LICENTIA

Summos in Utroq; Jure honores ac Privilegia Doctoralia ritè ac legitimè capeſſendi,

Publicæ diſquiſitioni exhibet

JOHANNES ADOLPHUS Riemer/

Jenenſis.

ad d. Julii H. L. Q. C.

JENÆ

Literis JOHANNIS NISII, Anno M. DC. LXIII.

IN NOMINE JESU CHRISTI!

Prolegomena.

I.

HAud equid. rara, minusve cognita eſt materia JUDICIORUM BONÆ FIDEI ET STRICTI JURIS; elegans tamen, & quæ plûs difficultatis & ſubtilitatis in receſſu habet, quam in fronte promittit. teſte *Stuck. in Introd. jur. Juſtin. gen. part. poſt. th. 9. pr.* Quare digna viſa fuit, unde hæc noſtra ſolennis diſputatio, auxiliante Deo, conſcriberetur. In quâ eâ utemur methodô, ut quæ differentiæ illa intercedant, ſecundum cauſas, more conſuetô, diſtingvamus.

II. Culpandi autem non erimus, dum Juſtinianum ſecuti diſſertationem noſtram inſcripſimus de b. f. & ſtr. juris *actionibus* nec *contractibus*. Cum vis illus bonæ fidei qualitatis magis in actionibus, quã ipſis conventionibus aut contractibus appareat.

III. Dicuntur b. f. actiones, quod in illis bona fides maximè exuperet *Zas. ad* §. *actionum n. 3. de act.* Varie autem in jure Civili *bona fides* accipitur. (1). in oppoſ. ad malam fidem, ut ſit docente *Covarr. ad cap. malæ fidei poſſeſſor 2. x. de R. j. in 6to* §. *6. n. 1.* judicium illud privatum. *(adderem, rectum & illaſum,)* quô quisque de rebus ſuis dijudicat ſecum (2.) in oppoſ. ad dolum. *l. 68. de contrah. emt. l. 34. de procur. l. 4. C. de O. A* unde & m. f. contractus mentio fit *in l. 6. C. de præſcript. long. temp.* (3.)

 in

in oppoſ. ad ſtrictum, ſimplex jus; vi cujus verborum corticem ſpectamus, nec quid menti contrahentium, aut æquitati conveniat, reſpicimus: quæ ſignificatio hujus eſt loci.

IV. Sumitur itaq; hic pro *æquitate*, quæ alias quoq; dicitur æquũ & bonum; Græcè ἐπιείκεια: cujus natura eſt largiorẽ admittere interpretationẽ. ScitèConnanus, *Comm. Jur. Civ. l.1.c. XI. n.12.* quæ in legibus explicandis æquitas nominatur in contractibus bona fides, appellatur: & circa finem: eſt æquitas nihil aliud, quàm legum ipſarum, ut ſic dicam, bona fides: contractuum autem bona fides quædam dictorum factorumqne noſtrorum æquitas. *Donell. ad L.4. C. de O. A.* bonam fidem interpretatur officium boni viri; quia judex in jud. b.f. ſe gerit in modum boni viri; unde & nonnunquam hæc judicia *arbitria* dicuntur. *l.17.ſ. fam. erciſc. rubr. C. arbitrium tut.* & judex in iis datus, arbiter. *l.43.pr. l. 47.pr. d.t. l.38. pro ſoc.*

V. Eſt & alia vulgaris bonæf. ſignificatio, quâ non rarò pro *ipſa fide*, quæ eſt datorum factorumque conſtantia. *Cic. l.1. Offic.* apud autores legitur. Sic Florus *lib. 2. c.3. pr.* ait bona fide ceſſantia arma. Alius etiam ſenſus eſt phraſeos *bonæ fidei*, in materia ſervitutum, ibi enim bona fide ſervitutem poſſidere eſt, neque vi, neque clam neque precariò exercere. *Perez. ad tit. C. de ſervit. num. 27.*

VI. Dicuntur hæc b. f. judicia aliàs etiam *ex bonâ fide deſcendentia l. unic. §. 2. C. de rei ux act. l.57. §. ult. de contrah. emt.* ex bona fide oriri *l. pen. C. de poſ.* quamvis hæc appellatio communis magis, quam propria ſit b. f. actionibus. Nimis vulgariter *ex æquo & bono deſcendentia*

tia, aut *in æquum & bonum conceptâ* à DD. indigitantur. Hæc enim differre à b. f. judic. diligenter notavit Hotom. *ad* §. *actionum autem p. m. 463. f. ubi ait:* Omnes b.f. actiones & ex æquo & bono naſcuntur, & in æquum & bonum concipiuntur, at non omnes, quæ hujusmodi ſunt, etiam b.f. ſunt. Si enim omnes actiones, quæ ex æquo & bono eſſe in jure dicuntur, eſſent b.f. ſequeretur actionem funerariam. *l. 14.* § *6. de relig.* injuriarum *l. 11. §. 1. de injur.* actionem de iis qui effuderunt *l. 5. §. 5. de his qui effud.* quia & hæc negotia omnia ex æquo & bono oriri ſcribuntur, inter b. f. judicia haberi; quod non eſt, uti infra dicemus, & in diſcurſu latius defendemus.

VII. Actiones & judicia ſtr. juris cur ita dicantur, ex dictis facilè liquet; cum enim illa opponantur b. f. judiciis hæc autem ex eo, quod *æquum & bonum contineant*, dicantur, oppoſitorumque eadem ſit doctrina, colligitur ideo *ſtricti* nomine indigitari, quod *ſtrictum & ſimplex jus Judex in iis ſequatur*, ſ. ut clarius loquar, in illa non veniant, niſi quæ expreſſa ſunt. *l. 99. V. O. Gloſſa ad c. 6. X. de except.* Unde jus hic explicatur pro Facultate, ut judicium ſtr. jur. idem ſit, ac judicium in quo poteſtas judicis conſtrictior verſatur. *Stuck. Exerc. juſtin. part. 2. dec. 5. aſſert. 2. lit. d.*

VIII. Quare cum oppoſitio actionum b.f. & ſtr. jur. rectè ſe habeat, cavillatio eſt, quod *Zaſ. ad §. 28. Inſtit. de act. num. 2.* ſcribit: *duram hic eſſe evaſionem pro Imperatore, qui quod fortaſsè ſatis potaſſet*, peccet in regulas Logicorum; (quippe ſecundum quos diviſio aliqua deſumi debet à ſpeciebus directo inter ſe oppoſitis; hæc vero diviſio act. b.f. & ſtr. jur. nullam talem oppoſitionem oſtendere videatur) cum ipſe *in f. d. n. 2.* fateatur

tur ratione effectus, & quoad intentionem Imperatoris hanc judiciorum ſ. act. b. f. & ſtr. jur. diviſionem rectè ſe habere. Humanius hîc agit Bachov. gravis aliàs Juſtiniani, Triboniani, aliorumque ſcriptorum cenſor, in tantum, ut ſcribere non vereatur *in §. 26. mihi 30. de act. n. 6.* eum fruſtrà eſſe, qui in textibus Tribonianis quærat accurationem,) humanius, inquam agit, dum ad eand. object. Jaſoni reſpondet *Tr. de act. diſp. 6. th. 2. in exeg.* non tam in verbis, quam in rebus oppoſitionem quærendam eſſe & conſiſtere.

IX. Circa ſynonymiam DD. non convenit. Duarenus *ad L. 5. de in lit. jur. n. 13.* probat, nunquam in veteribus emendatisque codicibus M. S. actiones illas, quas ſtricti juris dicimus, eô nomine vocari, ſed actiones ſtrictas, aut actiones ſtricti judicii, aut ſimpliciter judicium ſtrictum: teſtemque producit Theoph. paraphr. ad Inſt. Græc. Text. Quod ipſum & notat Cujac. *in not. ad Inſt.* Quod vero hodie ſic legi ſoleat, factum eſſe, ait Duarenus, corruptione typographorum.

X. Quanquam autem diffitendum non ſit, paſſim in jure legi ſtrictum judicium, & actionem ſtricti judicii, ut eſt *in L. 5. §. 4. de in lit. jur. l. 3. §. 2. Commod.* non male tamen cum laudato Cujacio lectionem illam, quæ uſu obtinet & vulgaris dicitur, approbamus & ſequimur. A re ipſa non aberraveris, ſeu actionem ſtricti juris dicas, ſeu actionem ſtrictam, aut ſtrictum judicium, vel actio ſtricti judicii, ſtrictove jure vallatam actionem, ut eſt in *L. unic. §. 2. C. de rei. ux. act.* Illud inter eſt, nominationem aliam aliâ eſſe frequentiorem.

XI. Sedes act. b. f. & ſtr. jur. rectè locatur *in §. 28. 29. & 30. J. de act.* circa quorum cum §. 9. antecedentib. connexio-

nexionem non leve oritur dubium. Alii enim hanc actionum diſtinctionem, ut quartam, alii ut quintam diviſionem ſubjiciunt. Verum extra omne dubium accuratior Zaſii *de act. §. actionum. n. 1. Bach. d. tr. Diſp. 6. th. 1.* & poſt eos Magnif. Dn. Beati Franzikii *ad §. 28. de act. n. 3.* explicatio, hanc, nimirum actionum b. f. & ſtr. jur. diſtinct. ſub diviſionem eſſe actionum perſonalium; recte ideò, quod hæc qualitas nunquam juri alicui in re, ſed tantùm conventionibus & contractibus in jure tribuitur.

XII. Recte autem videntur definiri actiones b. f. quod ſint, in quibus non tàm ex formulâ Prætoris olim, legisvè diſpoſitione, quàm ipsâ negotiorum natura largâ, quid alteri alterum dare oporteat, judex ex fide bona judicat.

Stricti vero judicii, in quibus non tàm ex formulâ Prætoris olim, legisve diſpoſitione, quam ipſa negotiorum natura ſtrictâ, quid alteri alterum dare oporteat, judex non niſi ex iis, quæ in contractu & actione nominatim & expreſſè cauta ſunt, judicat.

De Genere.

XIII. Generis locô in definitionibus ponitur vox Actiones; quæ præmiſſa, vi relativi illius tacitè hic repeti debet. Sed poſſet dici & objici: Actio eſt jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur. *pr. Inſt. de act.* Sed definitiones illæ planè alienæ ſunt ab hac. E. act. b. f. & ſtr. jur. non ſunt actiones. Reſp. Actio diverſimodè cōſiderari poteſt. In noſtris definitionibus reſpectus habetur, non tàm ad actorem, quid ille conſequatur per illam a-

actio-

ctionem, quàm ipſum judicem. Nempe definitur hic actio principaliter reſpectu cauſæ inſtrumentalis, ſeu judicis, quod nam ſit officium ejus in illa; non ratione finis ſeu ejus, quod actor inde conſequatur, niſi ſecundario *Anton.Fab. diſp. anniverſ. 27. th. 8. pr.*

XIV. Quæri hic ſolet, an dentur contractus b. f. & ſtr. jur. Ratio dubit. eſt, quod Juſtin. actionum ſaltem mentionem fecerit; deinde quod hæ actiones, videntur dici b.f. ratione effectus, i.e. an. b. f. ſit actio hæc vel illa videtur dependere à Prætoris arbitrio, qui demum habito de actione inſtitutâ ſecum judicio, formulam dabat, ex quâ demum apparebat actionem inſtitui b.f. & ex æquo & bono judicandum in ea eſſe; aut ſtricti juris. Si itaque à pronunciatione Prætoris demum dependet, non ſtatim ipſe contractus talem b.f. aut ſtr. jur. naturam induet. Quod argumentum ſpecioſum vocat Bachov. *de act. diſp. 6. th. 2.* Porro ſibi ipſi objicit Pacius *de contract. c. 5. circa finem*: Si exinde ſunt contractus b. f. & ſtr. jur. quod dantur actiones b.f. & ſtr. jur. ſequetur eſſe & contractus arbitrarios. Sed poſterius eſt falſum. E. & prius.

XV. Verum ad primam object. in *§. 2. h. noſtra differt.* reſponſum eſt. Et expreſsè contractuum b. f. fit mentio in *in L. 13. C. de pact. l. 3. C. quibus. ex cauſa maj. L. 32. §. 2. de uſur.* Alteram quod ſpectat, ſciendum eſt, falſum eſſe id, quod, ut actio b. f. ſit, à Prætoris arbitrio aut decreto dependeat, ſed à natura conventionis id ipſum proficiſcitur. Uti infra pluribus demonſtrabimus. Ex quibus jam fluit ad tertiam objectionem reſp. Nempe cum actiones arbitrariæ à quodam accidenti & extrinſeco, (quod eſt juſſus Prætoris) quod ipſas informat, dicantur, illud vero in ipſâ conventione locum non habe-

at,

at, neutiquam dici poteſt, quod ideò, quod ſunt actiones arbitrariæ, etiam contractus arbitrarii exiſtant. Secus eſt in b.f. & ſtr. jur. judiciis quorum cum cauſa, conventio nempe, talis ſit, etiam effectus actio eam conſequitur. Qualis enim cauſa, talis effectus. Ibi vero juſſus Prætoris cauſam non ingreditur, ergò nec operari poteſt.

XVI. Differentia ſpecifica deſumta eſt à cauſa efficiente principali, inſtrumentali, objecto & effectu.

De

Cauſa efficiente principali.

XVII. Mirè hæc res, unde & cur b. f. aut ſtr. jur. judicia dicantur Magnorum Virorũ torſit ingenia. Nec, quod fatemur, difficultate caret. Melioris vero doctrinæ ergò poteſt diſtingui inter cauſam remotam & propinquam. Utriusque, tàm b. f., quàm ſtr. juris judicii cauſa efficiens remota eſt ipſa negotiorum iſtorum natura & qualitas. *argum L.11.pr. de act. emt. Mudæus §. præterea quasd. de act. n. 3. Vultej. jurispr. Rom. l. 2. c. 4. Tim. Fab. Diſp. 27. th. 8.*

XIIX. Quamvis enim teſte Cic. *3. Offic.* arctiſſimum ſit vinculum ſocietatis inter homines, ut contra naturam ſit magis hominem homini detrahere ſui commodi cauſa, minusvè ex bonâ fide agere, quàm mors, quam paupertas, quàm dolor, quàm cætera, quæ corpori accidere poſſunt, aut rebus externis; ut adeò meritò omnium negotiorum eadem eſſet natura & idem valor: diffitendum tamen non eſt, eſſe negotia quædam, in quibus præ aliis bona fides exuperare, h.e. quorum benignior & largior interpretatio recipi debet. Idque exinde. Cum enim contractus quidam ſint, ut Emtio, Locatio, Conductio &c. qui ſocietatem humanã non tantùm propius attingant & concernant, ſed & ita ſe habeant, ut plurima, quæ utrinque præſtari æquũ eſt, contineant, quæ tamen, ut fraus & captio abſit, difficul-

B ter

ter omnia ab initiô conventionis verbis caveri poſſunt: rationi congruum eſt, ut in illis ex poſt facto, h. e. æquo judicis arbitrio accedente, ſuppleantur, quæ nominatim in contractûs ingreſſu cauta & expreſſa non fuerunt. Quæcunque verò non ex eô, quod expreſsè ea caverimus, ſed ideò præſtantur, quod æquum ſit, *bonâ fide* fieri dicuntur. Rectè igitur contractus tales *bonæ fidei* appellantur.

XIX. Secus ſe habet in judiciis illis, quæ vel minus ad continendam vitæ ſocietatem faciunt, ut donatio, ſtipulatio; vel ſocietatem quidem humanam itidem proximè juvant, ut eſt mutuum, ſed quorum natura, reſpectu illorum, quæ b.f. dicũtur, longè anguſtior eſt, ut in ea paucæ præſtationes veniant, nec mutuas obligationes contineant, & idcirco facilè illæ omnes â contrahentibus deſcribi & addi poſſint. Meritò itaque in iis, non niſi id, quod verbis expreſſis ratum habitum fuit, obſervatur, nec locus eſt benigniori verborum interpretationi, ſed conventionis litera præcisè ſpectatur, unde & contractus ejusmodi nomen ſortiti ſunt, & *ſtr. juris* vocantur.

XX. Hactenus de action. b.f. & ſtr.jur. causâ efficiente remota. Etſi verò hæc ita ſint & ſe habeant, natura tamẽ negotiorum iſtorũ non omnem rem exhaurit. Nam cum pacta privatorum nullum jus conſtituant, opus fuit aliquo remedio, (ſuperioris ſc. conſenſu, qui jus facit,) quô accedente demum firmiter quis agat. Cauſa igitur, hujus rei effectus propinqua eſt JUS. Illud verò eſt vel antiquum vel novum. Ad antiquum refero (1.) reſponſa prudentum. Conſtat enim, quod quamvis ante Auguſtum ea JCtorum autoritas non fuerit, ut ab eâ recedere judici liberum non extiterit. *l.2. §.47. verſ. & ut obiter ſciamus. ff. de* O.j. aliqua tamen eorum fuit circa interpretationem *d. l. 2. §. 5. d. t.* Illi

igitur

igitur diverſitatem hanc conventionum primùm obſervaſ-ſe & detexiſſe videntur.

XXI. Nam cum teſte Magnif. Dn. Frantzk. *Com. in Pand. de O.J. n.15.* leges Romanæ nimis breviter & concisè generaliterque conſcriptæ eſſent, ut ipsô fatente Pomponio *in d.l. 2. §5.* interpretatio deſideraretur prudentum; dubium vix eſſe poteſt, quin illi, qui æquitati præprimis ſtudebant, largiorem & laxiorem contractuum, maximè illorum quibus vitæ ſocietas continetur, & pleraque contraria habent judicia, interpretationem ſtatuerint. Exemplum eſt in Emt: Vendit. apud *Cic. 3. offic.* Sic enim ille: *Cum ex LL. XII. tabb. ſatis eſſet ea præſtari quæ lingua eſſent nuncupata, à JCtis etiam reticentiæ pœna eſt conſtituta.* In conſtractibus itaque illis, quos nunc b. f. dicimus, jam JCtorum tempore aliquid pinguius obtinuiſſe, affirmare nullus dubitârim. Cui noſtræ ſententiæ adſtipulari videtur *Tim. Fab. diſp. anniv. in Inſt. 27. th. 8.*

XXII. II. Ad jus antiquum refero jus Prætorinm. Prætores enim primùm hanc actionum b. f. & ſtr. jur. terminis technicis ita diſtinctam nobis exhibuerunt. Illi quippe diverſitatem negotiorum iſtorum admittentes, poſtquam datis formulis ordinariô modô judicare per judices conſuevissent; dictis formulis, ubi actione, bonæ f. naturâ qualificatâ, actor experiebatur, inſeruêre verba: EX FIDE BONA. *Cic. 3. offic.* Quæ ideò addebantur, quod aliàs regulariter judices ſtrictè, ſecundum verba â Prætore concepta judicare tenebantur, & ab iis ne latum quid. unguem recedere, aut ea excedere valebant. Ubi verò Prætor formulæ iſti verba *ex fide bona*, adjeciſſet, judex liberrimam judicandi poteſtatem conſequebatur. Et his verbis potiſſimùm differebant eô jure b. f. actiones à ſtr. jur. judiciis. Detraheres mentionem b.f. actionem ſtr. jur. haberes. inquit Hortenſ. *ad §.30.*

de Act. Quo ſpectant verba Bachov. *Tract. de act. Diſp. 6. th. 2.* Fatebor quid. proximè à formulâ dictas eſſe actiones bonæ fidei, ſed hoc contendo, quod ipſa conditio, natura & qualitas conventionum cauſam dederit Prætori &c. Addatur. Roſin. *antiquit. lib. 9. c. 13. circa finem.*

XXIII. Succedit jus novum, quod eſt Juſtinianeum, ſeu quod ipſum Juſtinianum autorem agnoſcit. Huic vero cum ſtatu mutato imperium deferretur, is autem jura noſtra in certam artem redigere ſatageret, placuit ipſi, ſublatis quid. illis ſolennibus formulis *t. t. C. de form & impetr ſubl. ibique Pac. in method.* differentiam tamen illam negotiorum & inde ortarum actionũ non tantũ retinere, ſed & (magnũ certè) quæ ſint judicia illa, in quibus officium judicis eſſet laxius, definire. §. *28. Inſt. de act.*

XXIV. Quô ipſo, exceptâ actione illâ ex ſtipulatu, nihil novi Juſtinianum hic introduxiſſe putare debes, ſed id ſaltim egiſſe ut robur, quod Prætor naturali iſti b. f. actionum qualitati, largiebatur, confirmaret, & ſimul incertitudini, quæ ex libera Prætoris formulâ reſultabat, obviaret.

XXV. Definitæ itaque ſunt hodie actiones b. f., ut judicis arbitrio relictum non ſit, ſuum interponere officium, & actionem aliam, licet b. f. aſſimilem, quæ tamen inter illas relata non eſt, largiùs interpretari, aliam ad literam examinare. Sed ſcire debet Zaſii *ad* §. *act. n. 5.* magiſtralem regulam: quod actio, quæ in *§.* iſto *actionum 28. J. de action* non connumeratur, non ſit b. f. Cujus ſenſus tamen non eſt, quod actiones contrariæ excludantur, ſed rectè b. f. actionibus illæ annumerantur, quamvis Imper. directas ſaltim expreſſerit. Ultimũ hujus rei argumentum quod Imp. omnes definiverit, non eſt, quod clauſulam, ex quibus conſtaret has actiones exempli tantũ cauſa eſſe ſubditas, qualis eſt vocula veluti *§ 5. quibus ex cauſ manum. non licet §. 8. J. de act.*

vel

vel: & alias immunerabiles. *§. 12. f. eod. &c.* quód ipſum tamen ſolenne ipſi aliàs eſt *d. d. t. t.* & *ſimilibus*, omiſerit.

XXVI. Hic largiſſimus ſe effundit quæſtionum oceanus. Et tum dicitur non eſſe alias b. f. actiones præter illas, quæ in laudato. *§. 28.* recēſentur, tantus oritur æſtus, quem componere Viri Magni deſudarunt. Maximum eâ in re ſtudium eſt Bachovii. Nos ne turpiter actum agamus, reſolutiones quæſtionum illarum conflictui relinquimus.

XXVII. Ex his jam ſupra allatis, apparet, credo, quæ ſit b. f. & ſtr. jur. actionum cauſa efficiens. Hanc ſc. diſtinctionem & appellationem act. b. f. & ſt. juris à cauſa efficiente propinquâ Lege ſc. & Ipsa Conventionum Diversitate, tanquam causâ remotâ, originem trahere verius eſt. Quod innnunt particulæ in definitionibus, *non tàm quàm*. Et ut totâ, actionum b. f. & ſtr. juris cauſa efficiens exhauriatur, jungenda ſunt hæc duo, *ipſa conventionum natura & jus*, non ſeparanda.

XXIIX. Proinde Bachov. *de act. Diſp. 6. th. 2. & Chil. err. Fabr. dec. 89. error.* 4. non ſine cauſa Fabrum erroris accuſat, qui voluit immediatè & ut à primâ causâ dici b. f. actiones à formulâ quam Prætor dabat judici. Fundamento quoq; & fide Hiſtoricâ carere rectè dicit Covarruv. *ad cap. malæ fidei poſſeſſor. 2. de R. j. in 6to. §. 6. n. 4: in fine* quod Zaſius *rub. de leg.* 1. *& ad L. qui autem. 6. ff. quæ in fraud. credit. n. 2. & maxime ad §. actionum 28. de act. n. 51.* nimiùm in eo ſibi placens ſcribit; ex eò appellari b. f. actiones, quod contractus illi in templo Fidei quondam apud Romanos celebrati fuerint. Id quid. teſtatur Halycarnaſſ. *l. 2. c. ult.* (cujus autoritate Zaſius nititur) Numam Pompilium, ut populum Rom. qui πολυθεία maximè capiebatur, facilius regere valeret, inter reliqua extruxiſſè fanum Fidei, cui præeſſe dixit Deam Fidem. Cavendum itaque fore civibus, ne fidem

ultrice illâ, præprimis in negotiis privatis, ullibi fallerent. Plebiſcita quid. & SCta lata fuiſſe in ædibus Cereris teſtatur Livius. *l.3. & L.2. §.21. de O.J.* Subtilis idcircò magis Zaſii illa ſententia, quam autoribus probata.

XXX. Cum grano etiam ſalis, quod dicunt, accipiendum eſt, quod *Bocer. part. 2. Diſp. 9. de act. n. 103. & alii* docent, quaſi *Lex ſola* b.f. contractus & actiones faciat, & nulla ſit actio b.f. quam quæ nominatim à Lege b. f. eſſe jubeatur. Id enim, ut dictum fuit, intelligendũ eſt de causâ efficiente propinquâ, remotâ non exclusâ. Nempe, ut de jure efficacem effectum pariat b. f. actio, quatenus talis, aſſiſtentiâ utique legis opus habet; Vis verò illa & effectus magis dependet à naturali negotii qualitate, ut, (quod Wegnerus de hæredit. petit. ſcribit, verè de omnibus b.f. judiciis dici poſſit) *declaravit ſaltem lex bonæ fidei actionem, non fecit.*

XXXI. Liquet denique, quid ſentiendum ſit de ſententiâ eorum qui ſtatuunt, contractus cum Principe initos exinde fieri b.f. contractus. Eam ſcilicet ad fundamenta noſtra examinatam non conſiſtere. Leve enim argumentũ eſt, quô utuntur Diſſent. ex *cap. 1. verſ. Civitates quæ ſunt. De pace conſtantiæ.* Et ſaltim ambiguitas eſt in vocab. *bonæ fidei*, quia ibi non *ſtricto juri* opponitur, ſed *dolo.* De quo in *pr. diſſert.* noſtræ. Fundamentum certè contractus & actionis b.f. non eſt quærendum in conditione contrahentium, quam utique hi reſpiciunt, ſed, ut ſæpè dictum fuit, in ipsâ conventionis naturâ & naturali qualitate, quæ ſi ita ſe habeat, ut ſit b. f., erit quoque contractus b.f. cum quôcunque tandem contrahatur. Facit, quod Princeps & Impp. in contractibus & juſtitia commutativa privatarum perſonarum locum intrent. *Ariſt. 5. Eth. Cap. mihi 410.* Ejusd. firmitatis eſt, quando dicunt *ex L. 3. ff. de conſtitut. princip.* quod conſtitut. & beneficia principum ſint latiſſime interpretanda. Præterea

rea

rea enim quod hæc regula & ſuas habeat exceptiones & limi tationes, aliud eſt beneficium & conſtitutio, aliud contractus Principis, de quô tamen ſermo nunc eſt.

XXXII. Dictum fuit ſuprà, præter actionem ex ſtipulatu Juſtinianum Imp. nihil novi hîc introduxiſſe, ſed ſaltim numerum illarum, qui antehac incertus erat, certum nobis reliquiſſe. Hæc verba ne quem offendant, clariùs ſunt exponenda. Satis graviter (1) opponi poteſt, an potuerit & an rectè potuerit Juſtinianus actioni illi naturā bonæ fidei largiri? Si quidem actio b.f. illa demum ſit, quæ ſuâ naturâ talis eſt, dici non poteſt, quod hæc actio ex ſtipulatu in numerum b.f. actionum recipienda ſit. Stipulatio enim ita comparata eſt, ut verbis celebretur, & quæ verbis expreſſa non ſunt, in illam non veniant. *l. 99. V. O.* E. à natura b. f. actionum planè aliena eſt, nec inter eas referri poteſt.

XXXIII. Fatendum erit opinor, *αὐτοκρατορίας* ſignum hîc occurrere. Irrationabilis tamen illa non eſt. Cùm enim *docente Magnif. D. Franţk. Comm. ad Inſt. §. 29. de act.* mulieri olim pro repetendâ dote duæ actiones competerent, nempe actio rei uxoriæ, altera ex ſtipulatu, quorum illa b.f. quid. eſſet, ſed minus plena; hæc verò plenior, ſed natura ſuâ ſtricti juris; Juſtinianus, quicquid plus fuit in actione illâ rei uxoriæ, in act. ex ſtipulatu transfudit, conſtituitque, ut *hæc ex ſtipulatu* ſaperet naturam ſui ſurrogati, *actionis rei uxoriæ* quæ b.f. erat. & contra naturam regularem b. f. eſſet.

XXXIV. Dubium hic oritur, an & tunc, ubi maritus contra uxorem agit, actio hæc ex ſtipulatu ſit b.f.? Utraque ſententia tàm negativa, quam affirmativa ſuas habet rationes, ſuos autores. Potiſſimum eorum, qui negant, fundamentum eſt, quod hæc actio ex ſtipulatu in gratiam mulierum b. f. actionibus â Juſtinianô annumerata fuerit. *l. unic. §. 13. verbis: pro mulieribus introduximus. C. de rei ux. act.* E. in ma-

ritis locum non habet *argum. d. §. 13. verſ. ult. in verbis*: *omnem extra parentem &c.*

XXXV. Communis tamen mihique probata affirmantium ſentētia eſt. Probatur ex *d. L. unic. §. 1. C. de rei uxor. act.* ubi expreſsè in fine dicitur, quod ab utrâque parte, i. e. tam viri, quàm mulieris facta ſtipulatio & hypotheca intelligatur Nec forſan reperitur ex unô contractu actionem eſſe b. f. à parte unâ, ab alterâ ſtr. juris *Bart. ad l. 5. ff. ſol. matr n. 5.* Nec largiri poſſum, perſonale planè eſſe beneficium, & mulieribus abſolutè & ſimpliciter conceſſum eſſe, ſed dici potius debet, quod dotibus ad certas tamen perſonas reſtrictum id datum fuiſſe *d. l. unic.* §. *1. pr. verbo*: *dotibus. Heig. ad §. fuerat. de act. n. 7.* jam vero dotis hæc eſt natura, ut tàm maritus, quàm uxor non niſi in quantum facere poteſt, condemnetur. *l. unic. §. 7. de rei uxor act. l. 20. de re judic.* abſurdum E. non erit, idem & hìc obtinere.

XXXVI. De hæreditatis petitione. Q. an & illa jam ante Juſtin. inter b. f. judicia relata fuerit, an demum Juſtiniani autoritate inter illa recepta? Certè ante Juſtinianum actionem iſtam inter b. f. judicia relata fuiſſe, textus rotundus non extat; imò contrarium plauſibilius videtur. Actionem quippe in rem eſſe, nunquam dubitatum fuit & expreſſe dicitur *in L. 25. §. 18. de hæred. petit. l. 27.* §. *3. R. V.* Qualitas autem illa, ut actio ſit b. f. vel ſtr. juris competit tãtum perſonalibus judiciis, ut ſupra probatũ fuit. E. hæred. petit. non eſt actio b. f. Et eò inclinare videtur Perez. *ad tit. C. de hered. petit. n. 2. maxime verò Hortenſ. in Comment ad Inſt. de act.* §. *30.*

XXX. VII. Verum etiam ante Juſtin. hered. petit. inter b. f. judic. qvodammodo habitam fuiſſe videtur. Quod enim illud attinet, realem eſſe, & inde minimè b. f., Reſp. poteſt, non eſſe merè & abſolute realem, ſed reſpectu præſtatio-

num

num, quas continet, quodammodò perſonalem, unde & mixta dicitur. *l. 7. C. de hered. petit.* Quo intuitu dubitatum fuit, annon ſimpliciter inter b. f. judic. ſit referenda, quod Juſtinianus lege deinde confirmavit. *ſ. 28. de act. l. ult. §. ult. C. de hered. petit.* Non itaque nova omninò ſententiâ hoc conſtituit: quippe quod & aliis ante placuit, per dd: ſed nova legis latione tribuēdo illi ſententiæ juris autoritatē, quâ anteà deſtituebatur, uti loquitur Locam. *ad §. 2. quib. ex cauſ. manum. non lic.* motus (1.) naturâ actionis, quæ cum illa b. f. coincidit: ampliorem enim fuiſſe, quàm quæ ſub certâ formulâ in judicio centumvirali redigeretur, teſtatur Wegnerus *diſp. 15. th. 6. lit. e.* (2.) quod jam olim exceptio doli hereditat. petitioni ineſſe colligitur *ex l. 38. l. ult. de hered. petit.* Quæcunque enim except. officio judicis ſuppleri poſſunt, judiciis inſunt. Inſunt autem exceptiones non niſi b. f. judiciis. Firmum itaque eſt, etiam ante Juſtinianum heredit. petit. quodammodo inter b. f. judicia numeratam fuiſſe.

XXXVIII. Sed admodum difficilis quæſtionis eſt, an jam idem dicendum ſit de fideicommiſſariâ hereditate, & bonorum poſſeſſoriâ, aut, an & tunc, ubi contra titulum poſſidentem agitur, aut certa res, quæ aliàs per actionem ſtr. jur. veniret, petitur, hereditatis petitio ſit b. f.? Johan. Fab. *ad §. actionum a. n. 12.* & ex eo Jaſon *ibid. n. 27. Zaſ. n. 38. f.* negant, quod bonor. poſſeſſoria hereditat. petitio, fideicommiſſaria, & quando contra titulô poſſidentem agitur, ſit b. f. Verùm cum ne unam qnidem legem addant, generaliter v. *in §. actionum.* hereditatis petitio inter b. f. judicia referatur, illæ autem, *bonorum poſſeſſoria* &c. ſpecies videantur eſſe: quid quod expreſsè dicatur, quod non tantùm fideicommiſſaria heredit. petitio eadem recipiat, quæ hereditatis petitio civilis, *l. 2. ff. de fideicom. hered. petit.* ſed & per bonorum poſſeſſoriam tantundem conſequatur; bo-

norum poſſeſſor, quàm heres civilis. *l. ult. ff. de bonor. poſſeſſ. heredit. petit.* fructus quoque prout in aliis b. f. judiciis, à tempore moræ in fideicommiſs. hereditat. petitionem veniant. *l. 18. pr. ad SCt. Trebell.* ſuſpecta mihi eſt earum aſſertio, ut malim diſſentire quàm cum iis facere. Illud autem ipſis non denego, ſi una res ſingularis, pro quâ competebat teſtatori actio ſtr. jur., per hereditatis petitionem petatur, quod eo caſu hereditat. petitio ſit ſtricti juris, non b.f.; quia ſurrogatum ſapit naturam ſurrogati. non obſtante. *l. 20. §. 4. de heredit. petit.* ad quam laudati DD. bene reſpondent.

De
Cauſa Inſtrumentali.

XXXIX. Cauſa inſtrumentalis eſt Judex. Vocab. judicis ſumitur vel latè vel ſtrictè. Latè appellatur judex, qui de re aliqua ſ. jure ſuo ſ. magiſtratus, qui jubendi poteſtatem habet, autoritate cognoſcit, & judicat: ita, ut Prætor ipſe olim judex dictus fuerit, autore Livio. *Calv. in Lexic. verb. judex.* Nam & olim Prætores ipſos judicaſſe, cauſas cognoviſſe & ſententias tuliſſe, teſtis eſt Magnif. Dn. Frantzk. *in Comm. ad π. tit. de jurisdict. n. 28.* Poſtmodum verò cum propter dignitatem indecorum viſum eſſet, quasvis cauſas judicare, alios judices ſubordinavère, quos à pedibus i. e. in ſubſellio ſedentes habebant. *Dn. Hahn. in Orat. de uſu Chronol. ac hiſt. in jure priv.* Ita ut deinde judices illi à Prætore dati propriè judices audirent, & à magiſtratu diſtinguantur. *l. 2. R. J.* dicantur ſpeciales, *l. f. de offic. Prætor. l. 5. de offic. præſid.* dati. *l. 18. pr. l. 46. de re judic.*

XL. His igitur judicibus Prætores demandabant cauſas interpoſitâ prius formulâ, juxta quam judicare tenebantur. Atque ſic de jure veteri cauſas illas civiles ſ. jam b.f., ſ. ſtr. jur. expediebant judices illi pedanei. Hi ipſi v.

&

&olim & hodiè non admittuntur niſi jurati. *l. 14. pr. de judic.* Mud. *de contract. ad §. in b. f. judiciis. n. 1.* Dubium tamen movere poſſet, quod Roſin. *antiquit. libr. 9. c. 15. dicit:* arbitrum non jurare. Jam verò ſæpius judex in b. f. judiciis, ſub illo nomine indigatur, ut eſt. *L. 15. pr. de re judic.* E. & dicendum videtur, quod judex in b. f. judiciis non juret. Sed reſpondeo arbiter ibi ſumitur pro eo, in quem partes compromittunt, & judici, qui à Prætore datur, opponitur. Facit, quod, contractus b. f. tales ſint, in quibus propter varias præſtationes judici omnis poteſtas judicandi planè relinquitur: non tantùm igitur, loquente Cic. *3. offic.* magni judicis eſt judicare in iis, ſed & metus non erit tantus, ſi juraverit, ſe cum veritate & ex legum obſervatione judicium eſſe diſpoſiturum.

XLI. Poſt quã verò omnes actiones modo extraordinario tractari cæperunt §. *ult. de interdict. l. 2. C. de judic. pedan.* judicis nomen omnes comprehendit dignitates, ſ. ſint præſides ſ. Proconſules. *rubr. C. ut omnes judices.* Ut ita & actiones illæ b. f. & ſtr. jur. ab omni judice, vocab. latè accepto expediri. & coràm illis examinari poſſint. Nulla igitur hactenus differentia inter actiones b. f. & ſtr. jur.

De Objecto.

XLII. Objectum actionum b. f. & ſtr. jur. eſt jus partis, ſ. id, quod alter alteri debetur. O. enim actio ideò inſtituitur, ut jus noſtrum perſequamur. *§. 1. Inſt. de act.* Has verò modo dictas actiones eſſe, nullum dubium eſt, & jam ſupra probatum fuit. Illud jam varium eſt, pro varietate contractuum, unde tàm facilè definiri nequit. Unicum notari poteſt, vocab. *dare* in definitionibus non propriè, pro traditionis actu, quô dominium transfertur, quo ſenſu *in §. 14.*

de act. ſtat, accipi, ſed latè, pro omni actu ſ. aliquid faciendum ſive præſtandum ſit, ut *l. 40. §. 1. de ſtatu lib.*

XLIII. Ardua quæſtio eſt, quale ſit illud jus partis, quod in has b. f. & ſtr. jur. act. deducitur, an certum an incertum, ſ. an in act. b. f. certa pecuniæ ſumma peti poſſit? e. g. merces, pretium &c.? Bachov. *Tract. de act. diſp. 6. th. 14.* vult, quod in act. b. f. æque ac in ſtr. jur. judic. certa ſumma v. c. mercedis, pretii, exprimi poſſit, licet non eâ intentione, qs. præcisè adjudicanda ſit, idque ideò, quia aliàs regulare eſt & perpetuum, ut id, quod eſt in obligatione, etiam in petitionem deducatur. Cum, ſi ſecus fiat, ſententia ferri non poſſit. Neque enim in jud. b. f. ſemper reſtitutio & ſatisfactio peti videtur, quæ per ſe incerta eſt, ſed & merces, pretium, cuius ſumma omninò certa eſt. Quæ ratio primùm me movit, ut quicquid in contrarium ſentiret Hotom. *Comm. ad Inſt. §. actionum. a. de act.* utique ſententiam hanc ſequendam eſſe arbitrarer.

XLIV. Sed re penitius inſpectâ & evolutâ, ea, quæ Hotom. *cit. loc.* ſcribit, vera eſſe, & antiquis moribus Rom. convenientia deprehendo. Concludendum enim non eſt. Quandocunque ex contr. b. f. aliquid petitur, actio. b. f. eſt. Sed ſciendum, & probè notandum, actiones ex b. f. contractibus, tùm demum b. f. quoque eſſe, & ex æquo & bono dijudicari, quando ita inſtituitur, uti eas inſtitui par eſt, ſc. ſi certa quantitas in illam non deducatur, aut ab actore nihil certi petatur, ſed actio generaliter ita concipiatur, ut tanti condemnatio fiat, quantum alter alteri ex bono & æquo dare facere oportebit, §. *30. de act. tit. de oblig. quæ ex conſenſu.* Omnis enim actio b. f. incerti eſt. Hortenſ. *ad §. actionum autem.*

XLV. Objicis: Sed quomodo venditor pretium reſiduum, & locator mercedem (qui contractus utique ſunt b. f.)

jam

jam conſequetur? Reſp. cum Hotom. *d.l.* petitur reſiduum illud non exact. emt. venditi aut locati, ſed per condictionem certi. *l.9. de reb. cred. l. 28. §. 4. de jurejur. l.5. de except. rei judic. l. 4. §. 1. de reb. cred.* quæ ſtr. jur. eſt. Hortenſ. *add. §. actionum. a.*

XLVI. Inſtas, ſed ſic differentia & cauſa efficiens b. f. & ſtr. jur. act. non à naturali actionum qualitate, ſed ab externo quòdam, nempe inſtituendi formula dependet? Reſp. neg. Illa enim differentia, quod in b. f. judic. ex æquo & bono judex judicet, in ſtr. jur. verò non niſi quæ nominatim expreſſa ſunt, utique adhuc à naturali qualitate manat; quod verò in act. b. f. certæ pecuniæ ſumma non poſſit peti, non obſtat earum naturæ, aut ideò minus b. f. actiones eſſe incipiunt; ſed hoc ab accidenti, & inde eſt, quod, ſi certa pecunia peteretur, ſponſio facienda eſſet, per ea, quæ tradit Roſin. *antiquit. libr. 9. c. 13.* Ubi autem ſponſio fiebat, à Prætore ſtricta judicandi formula concipiebatur, ſecundum quam judex judicare tenebatur, nec poterat latum, quod dici ſolet, unguem excedere. Metus quoque erat, ne, ſi plus teruncio petiiſſet causâ caderet. Quod cum contra bonam fidem eſſe videatur, nec judiciis b. f. propter ultro citroque obligationem conveniat, rectè negatur, quod in illis certa pretii ſumma petatur.

XLVII. De fundamentis aſſertionis noſtræ meritò quis dubiter. Hanc verò probari poſſe videtur (1.) ex ipſa formula actionis b. f. in certâ. Ita enim illa teſte Roſ. *antiquit. libr. 9. c. 13. f.* concipiebatur: *Ajo te mihi domum e.g. vendidiſſe, locaſſe, &c. teq; mihi ex æquo & bono dare facere oportere, quicquid alteri alterum emti ſ. locati nomine dare facere oportet ex fide bona.* Cùm quò coincidit, quod Cic. *3. offic.* dicit: Cum n. Titus Claudius Centimalus ædes ſuas dolosè proſcripſiſſet, quod demoliendas eas eſſe ob auguria ſciviſſet, emtor P.

Calpurnius Centimalũ ad arbitrũ adegit nõ niſi hâc formula: *quicquid ſibi dare facere oporteret ex fide bona.* Cui reſpondet formula Prætoris: *Si paret Mævium Servilio domum aut vendidiſſe, aut locaſſe, tum quantum Mævium Servilio ob eam rem dare ex fide bonâ oportet, tanti damnetur.* Roſ. *d. l. 9. c. 14. in fine.* Hortenſ. *ad §. actionum a. de act. circa princ.*

XLVIII. Nec eſt, quod quis objiciat, hoc caſu non poſſe non actionem incerti inſtitui, quia ipſe actor neſcit, quantum ſibi debeatur; aliud eſse, ſi conſtet quantum ſibi reſtet pecuniæ, tunc enim certam pecuniæ ſummam peti poſſe. Huic enim objectioni ſatisfacere puto ea, quæ Roſin. ſcribit *d. l. c. 13. circa finem p. m. 416. lit. G.*: atque hæ quid. actiones fermè eius generis fuerunt, ut in iis certa pecunia & ſponſio conciperetur, & ut ad certam formulam judex aſtringeretur, poſtularetur. Unde ſtricti juris actiones à Juſtiniano ſunt dictæ. Poſtremâ diviſione Arbitrariæ poſitæ actiones fuère, in quibus Neque Certa Pecunia Est Petita, neque ſponſio facta, neque ad certam formulam judex aſtrictus. Hæ verò duorum fuêre generum. unum earum, quæ dicebantur Ex Fide Bona &c. Et Cic. *in Orat. pro Q. Roſc. Com. circa princip:* Sed hæc quamquàm vera eſse video, tamen mihi ſatisfacere non poſsum, niſi à C. Fannio ipſo teſtimonium ſumo, hanc pecuniam ei non deberi &c. Pecunia tibi debêbatur certa, quæ nunc petitur per judicem in quâ legitimæ partis ſponſio facta eſt; hic tu ſi amplius nummo petiiſti, quàm tibi debitum eſt, cauſam perdidiſti, proptereà, quod aliud eſt judicium, aliud arbitrium. Judicium eſt pecuniæ certæ, Arbitrium Incertæ.

XLIX. Ex quibus quàm clariſſimè apparere credo, quod nequaquam in actione b. f. certi quid peti poſsit, ſed tantùm in actione ſtr. jur. Quibus fundamentis accedit ſilentium LL. In jure enim vix invenias locum, quo certa pecu-

niæ

niæ ſumma actione b. f. petatur. Quare omni jure in Hotom. Hortenſiique ſententiam deſcendere videor, eamque amplecti, quod ſc. in act. b. f. certa pecunia peti non poſſit, ſed quod indefinitè ſint concipiendæ. Non obſtat, quod Bachov. *cit. loc.* objicit, id enim quod eſt in obligatione, adhuc in petitionem deduci poteſt, quamvis non hoc vel illo modo; i. e. quamvis non actione ea quæ b. f. eſt, ſed ſtr. jur. Imò ulterius dici poteſt, actione b. f. poſſe peti pretium, ſed ſine certa determinatione.

L. Per ſe jam patet, quod in act. b. f. pœna plus petitionis non obtineat. Si namque certa non eſt ſumma, quæ per actorem petitur quomodo pœnæ ſubjacere poteſt actor? Non contrariantur verba Cic. *lib. 1. de Orat.* Ubi reprehenditur Octavius, tutoris alicuius patronus, quod citius, quàm par erat, turpi ſe tutelæ judicio liberari petierit, dum, antequam actio impetrabatur à Prætore, plus à ſe peti clamabat. Ex quibus Bachov. § *30. m. 34. de act. n. 4.* colligit, etiam in tutelæ judicio plus peti potuiſſe. Tutelæ autem judicium eſſe b. f. E. & in b. f. judic. plus peti potuiſſe, & conſequenter dici non deberet, quod in act. b. f. certa pecunia nunquam peti poſſit.

LI. Verùm ſalvo huius Viri Magni judicio, quod aliàs haud facilè relinquendum puto, rectius aſſeritur cum Gothofr. *ad cit. loc. Ciceronis &* Hotom. *VIII. obſ. 3.* quod textus non loquatur de tutelæ judicio, ſed de actione de rationibus diſtrahendis. Sic enim ait Cic. *quod alter plus, lege agendo, petebat, quàm quantum Lex in XII. tabb. permiſerat.* Pœna autem plus petitionis ex LL. XII. tabb. vix deſcendit. Conſtat verò ex *l. 55.* §. *1. de adminiſtr. tut.* quod ex LL. XII. tabb. tutor pro re pupilli ſubrepta in duplũ teneatur. Rectius itaq; accipitur de actione de rationibus diſtrahendis, & eo caſu, quò tutor rem pupilli furatus in duplum ex L. XII. tabb. tenebatur.

nebatur. Hypſæus autem actor ille pupilli patronus triplum vel quadruplum. petebat. *add. Gothofr. ad cit. loc. Cic.*

De Effectu.

LII. Sequitur effectus, ratione cuius maximæ & plurimæ ſunt harum b.f. & ſtr. jur. act. differentiæ. Duplex autem ſtatui poteſt Communis & proprius. Communem voco illum, quem actiones illæ, ut actiones in genere producunt, & in adjudicando conſiſtit. Specialis ſ. proprius, qui eas quà tales manet. Hic deſcribitur in b. f. quid. act. quod judex ex fide bona judicet. In ſtr. jur. v. act. quod judex non niſi de illis, qui in actione expreſſa ſunt, judicare poſſit. Hæc ſumma eſt harum actionum diverſitas, quæ in illis paucis abſolvitur verbis, ſed pluribus exponenda venit.

LIII. Fides bona, quo ſenſu hîc ſtet, jam ſuprà notatum fuit, accipi nempe pro æquitate. Dupliciter verò accipitur. vel cauſaliter vel effectivè. Hæc non effectivè, pro eo quod juſtum & æquum eſt ſumitur, ſed cauſaliter, pro eo jure ſ. facultate, quæ demum reddit id, quod æquum & bonum eſt. Unde Bach. *de act. diſp. 6. th. 13.* inquit: bona fides & æquum & bonum non ſunt idem, ſed bona fides præſtari jubet, quod æquum & bonum eſt. Tantum igitur valet ex b. f. judicare, ac liberam habere poteſtatem judicandi, quod æquum & bonũ eſt, quamvis de eo nihil conventũ fuerit.

LIV. Dictum fuit, quod effectus act. b. f ſit benignam interpretationem admittere: Objicitur, quod in omnibus cauſis juſtitiæ æquitatisque potior ratio debeat eſſe, quàm ſtricti juris. *l. 8. C. de judic. l. 90. de R. J.* totum jus ſit ars æqui & boni. *l. 1. de J. & J.* Ergò aut nulla b. f. actio, aut omnes erunt. Reſp. *dd. tt.* & ſimiles loquuntur, de civili quadam interpretatione & æquitate: in his verò b. f. actionibus ſubeſt naturalis æquitas, quæ ſumma eſt,

&

& ex illa actiones iſtæ, non uno vel altero ſaltim articulo, ſed in totum æſtimantur, ſecus in aliis. *Tim. Fab.diſp.anniv. 17.th. 8.9.* Inſtas, magis & minus non variant ſpeciem, & quamvis alia actio aliâ largiorem interpretationem patiatur, tamen non ſequitur. E. actio illa quæ non tantùm æquitatis continet & admittit, actio b.f. non eſt. Reſp. Brocardicon illud verum eſt, ſi res eiusd. ſint naturæ: jam verò negavimus omnes actiones ſuâ naturâ qualitatem b. f. habere. Illud concedimus inter ipſas b.f. actiones dari gradus & aliam aliâ magis aliam minus eſſe b.f. Bacch. *de act. diſp. 6. theſ. 1. theſ. 11. f.*

LV. Sed neceſſe eſt, ut propius accedamus, & videamus, quænam ſit judicis in judiciis b. f. & ſtr. jur. poteſtas. Illam jam è legibus pro virribus eruere tentabimus. Cum verò ſtr. jur. jud. ſterilioris ſint naturæ, quàm quæ alia admittant, de quibus in contractu nihil cautum & dictum eſt, ut rectè per jocum à Zaſio in §. actionum n.3. de act. trunco comparentur, atq; adeò effectus eorum, & poteſtas judicis in illis paucis deſcribi poſſit, contra ea laxior ſit in b.f. jud. non malè de huius tantummodo poteſtate atq; officio agemus: quandoquid. ut ſupra dixi, ſtr. jur. act. ad b.f. ſe habeant, ut oppoſitum, cuius doctrina ſecundum Logicos, cum eo cui opponitur, eadem eſt, ut, quod prædicatur de hoc, negetur de illo. Unde Brocardicon illud DD.: regulariter, quæ obtinere dicuntur in b. f. judiciis, ceſſant in ſtr. jur. Cujac. *XVII. obſ. 37.*

LVI. Poteſtas autem judicis videtur abſolvi generalibus & ſpecialibus. Generalia ſunt, quod judex b. f. poſſit etiam ea, quæ planè non ſunt cauta, dicta & cogitata, ſupplere. Mud. *ad §. actionum. n. 8.* Zaſ. *eod. n. 47.* Unde expreſsè dicitur in *l. 7. de negot. geſt. l. 24. depoſ.* quod in b.f. judiciis officium arbitri tantùm poſſit, quantum ſtipulatio. Sic fructus & uſuras poteſt adjudicare in b. f. judic., quamvis nihil expreſ-

 ſum

ſum fuit. *l. 32.* §. *2. l. 38.* §. *15. de uſur.* jubere ut vinum effundatur, ſi emtor ſtatuto die non abſtulerit *l. 1.* §. *ult. de peric. & comm. rei vend. l. 2. eod.* inſtrumenta fundi & fines requirere. *l. 48. de act. emti.* ornatum rei in venditione emtori adjicere. *l. 38.* §. *11. de ædilit. edicto.* Iudex verò ſtr. jur. judicii ſaltim ea attendit, quæ præcisè expreſſa ſunt. *l. 99. V. O.*

LVII. Specialia his potiſſimum abſolvi videntur capitibus: Primũ eſt, qvod judex poſſit exceptiones in b. f. contractibus pro inexiſtentibus habere. *l. 3. ff. de reſc. vendit. l. 84.* §. *5. de Leg. 1. l. 21. ſol. matrim.* Obſcura verò huius phraſeos locutio, quæ intellectum ex jure veteri Prætorio petit. Conſtat enim quod in act. ſtr. jur. exceptiones in jure, h. e. coràm Prætore, ut intentio actoris declinaretur, neceſſariò allegandæ fuerint; ſecus in b. f. judic., ubi ad declinandam actionem illis allegandis etiam apud judicem pedaneum locus erat; ut, quamvis ibi in jure omiſsæ, allegatæ tamen hîc in judicio pro cautis haberentur. Cuius rei nulla alia erat ratio, quàm quod in b. f. act. exceptiones ipſo jure, ipſa actionis naturâ inſunt, *d. d. t. t.* quâ inſtituta, non poſſunt non contineri, ita ut judex eas non poſſit non audire & reſpicere.

LVIII. Quamvis igitur hodie ſublatæ ſint illæ formularum ſolennitates, quod civile erat, nihilominùs tamen ratio, quæ de differentiis exceptionum in b. f. act. & ſtr. jur. dicta fuit, permanſit, quia naturale ipſis eſt, & idem nunc quoad illas obtinebit, ut, quemadmodum olim in b. f. jud. neceſſe non erat, exceptionibus in jure ſibi cavere, ſed ſufficiebat ad elidendam actionem apud judicem demum allegare, quia ipſi actioni, quæ tunc demum apud judicem examinabatur, inhęrebant; ſic hodie in iis neceſſe non ſit, in ipſo conventionis pacto interponere e. g. exceptiones doli. *l. 68.* §. *1. de contrah. emt.* ubi pretium traditum non fuit rem re-

turum

tenturum ſe. *l. 13. §. 8. de act. emt.* compenſationem facere ſe velle. *§. 30. de act. & ſimiliter.* Sed licet om iſſæ ſint, cautæ tamen habeantur.

LIX. Cuius effectus hic eſſe videtur, ut, quemadmodum hæ exceptiones conventionibus ipſo jure & per ſe inſunt. *d. d. t.t.* ita & ipſo jure, & per ſe illis detrahant; adeò, ut licet ſententia ſuper iis neglectis feratur, ea tamen nulla ſit. *l. 4. C. de Compenſat. §. 30. de act. verbis: pro ipſo jure minuat.* ubi compenſatio, quæ negotiis ineſt, ipſo jure & per ſe in tantùm minuit actiones, ut judicio opus non ſit, ſed declaratione ſaltim ſ. approbatione. Secus in ſtr. jur. jud., cum enim in illis non inſint, niſi quæ expreſsè ab initio cauta ſunt. *l. 99. V. O.* Sequitur, quod exceptiones natæ, ipſum contractum non per ſe feriant, ſed tantùm ope exceptionis, ita, ut ni illæ expreſsè oppoſitæ fuerint in inſtitutâ actione, ſentẽtia utique teneat. Zaſ. *ad §. in b. f. jud. n. 1. & 7. de act.* Exemplum eſt in §. *1. de except.* ibi enim exceptio metus non afficit ipſam ſtipulationem, ſed validam permittit, niſi exceptio oppoſita expreſsè inveniatur.

LX. II. Judex contractus b. f. dolo initos ipſo jure nullos proclamare poteſt. *l. 7. pr. ff. de dol. mal. l. 16. §. 1. de minorib. l. 6. C. de præſcript. long. temp.* Secus in ſtr. jur, contractibus. Eos enim dolo initos nullos reddere nequit, ſed ſubſiſtere eos dicit, exceptione tamen illos elidi non repugnat. *l. 36. V. O. l. 5. C. de inutil. ſtip.* Ratio autem cur iſtos b. f. contractus nullos velit, eſt, quia dolus his ipſis negotiis planè contrarius eſt, naturamque eorum evertit. *l. 5. C. de reſc. vendit.* Aliud eſt in contract. ſtr. jur., in his enim, ut loquitur Bach. *Tr. de act. diſp. 6. th. 17.* ex Baldô, dolus non excludit partem eſſentialem ſ. naturalem, ſed accidentalem ſaltim & generalem omnium contractuum. Notandum verò, dolum hîc notari ſpecificum, h. e. qui ſeorſim ſuam habet ſpeciem,

in quâ conſiſtat, non intectum neque inumbratum in alio. Nam quamvis dolus lateat in vi & metu. *l. 2. §. 8. de vi bonor. rapt.* nihilominus tamen ille contractus, vi initus & metu, ipſo jure ſubſiſtit. *l. 21. §. 4. l. 1. pr. quod metus cauſ.* Notari ſecundò poteſt ex Jaſone *ad §. actionum a. n. 41. de act.* illud, quod ſupra dictum fuit, contract. dolo initum nullum eſſe, tunc procedere, ſi deceptus hoc velit. Quod ſi enim ille ſciens contractui vult ſtare, ſubſiſtit, & quod ſibi abeſt, actione contractus petere poteſt. Gloſs. *ad L. 7. pr. lit. L. circa fin. & L. 13. §. 27. ff. de act. emt.* quia juri ſuo renuntiat, & volenti non fit injuria, ipſe quoque e. g. venditor propriam turpitudinem allegare non admittitur. *l. 5. C. de condict. ob turp. cauſ. l. 35. C. de tranſact.*

LXI. Dixi contractus b. f. dolo initos, i. e. quibus dolus cauſam dedit, & in quibus quis doloſis perſuaſionibus, ut contraheret, inductus eſt, ipſo jure nullos eſſe. Dolus verò nonnunquam in rem ſaltem incidit, ut ſi minoris vel carius vendatur, ematur; & tunc contractus, quamvis b. f., nullos non reddit, ſed ſubſiſtente contractu, per illam ipſam actionem, quæ inde naſcitur, purgatur. *l. 13. §. 4. de act. emt. l. 7. §. 3. de dol. mal.* Ratio autem cur dolus incidens eos ipſo jure non annihilet, inde peti debet, quia ibi, quando dolus cauſam dat negotio, dolus ipſam ſubſtantiam, ipſum fundamentum contractus, quod conſenſus eſt, ferit, quô ſublatô, contractus non poteſt non eſſe nullus. Secus quando in rem incidit, tunc enim principium contractus b. f., conſenſum volo, non planè excludit, ſed ſaltim læſionis illam particulam, quam actione vel exceptione reſarcire facile eſt.

LXII. Quæſtionis eſt, nec adeò levis, quid ſit contractum b. f. dolo initum ipſo jure nullum eſſe? Subtilis eſt Duarenus, dum *ad L. in actionibus. 5. n. 12.* diſputans pro ea ſententiâ, quod æque contractus ſtr. jur. quàm b. f. dolo initi

ſint

ſint nulli, dicit, ipſo jure nullum eſſe, idem ac de jure Civili nullum eſſe. Ut adeò contractus b. f. dolo initi, ſint quidem ipſo jure Civili nulli: nihilominus tamen & illi contractus ſtr. jur. nulli ſint, ſed Prætorio demum, non civili. Verùm ſalvâ Doctiſſimi Viri ſententia, quæ dum rectè explicatur, benè ſe habet, nec nobis adverſatur, hæc explicatio nodum in totum ſolvere non videtur, ſed principium petere. Quod enim jus Civile contractus dolo initos non approbet, negare non poſſum. Videtur igitur utique ulterius aliquid requiri. Unde dici poſſet, quod *ipſo jure nullum eſſe*, idem ſit, quod ab initio, per ſe & natura ſua intrinſecâ, cui deinde jus civile aſtipulatur extrinſecus, nullum eſſe, argumento. *l. 5. C. de reſc. vend. l. 3. § f. ff. pro ſocio.*

LXIII. III. Exemplum poteſtatis judicis in b.f.jud. eſt quod poſſit parte petente, ratione pecuniæ ſub die aut conditione ſolvendæ, à debitore cautionem exigere. textus eſt. *in l. 41. ff. de judic. l 38. pr. pro ſoc.* Secus eſt in ſtr. jur. jud., quia textus hi tantùm & in terminis loquuutur de b. f. judic. Diſtinguit equidem ex Bartol. *in l. 2. pr. ſol. matr.* Zaſius *ad §. actionum a. n. 50. de act.* an moleſtum ſit & laborioſum, cautionem dare, nec ne, ita ut hôc ſaltim caſu idem in jud. ſtr. jur. obtineat. Sed autoritas textuum deeſſe videtur. Dixi autem ſub die aut conditione ſolvendæ: Conditio enim, uti ſemper reſpicit futurum tempus, ita ubi conditio jam extiterit, aut dies venerit, etiam in act. ſtr. jur. cautio interponi debet. *l. 13. §. 6. f. de pignor.*

LXIV. IV. Quod poſſit uſuras, fructus & acceſſiones, ex morâ venientes, parti applicare, *l. 38. §. 15. ff. de uſur. l. 32. §. 2. eod.* Illud intereſſe ſcias, quod hi fructus, non tantùm in principali cauſa, ſed & poſt finitam illam & abſolutam, nova & peculiari inſtantiâ peti poſſint. Cum enim fructus jure actionis veniant, uti probè hoc inculcat Jaſon *ad §.*

actionum. n. 52. & ſeqq. de act. quia cauſa eorum naturalis eſt, unde & ipſi rei ſ. fundo ferendi ſunt. *l. 18. §. 2. ad SCt. Trebell.* eorum verò quæ jure actionis veniunt, ea natura ſit, ut omiſſa in principali cauſa, alio judicio ſuſceptô poſſint peti *DD. in L. 4. C. de poſ.* rectè hoc aſſeritur cum Gloſſa *ad l. videamus. 38. §. 7 de uſur.* Et facit, quod in *l. 2. C. de act. emt.* dicitur, quod ſi quid plus fructuum perceperit emtor, quàm debuerat, judiciô vel act. venditi eum cogi, ut reſtituat. E. videtur, quod, ſi minus, quàm debuerat acceperit, reſiduum emti judicio petere poſſit. Non idem in uſuris: quia hæ non ſicut fructus ex fundo naturaliter, ſed jure demum & ex negotiatione percipi dicuntur *l. 62. pr. R. V. l. 121. V. S.*

LXV. Contrarium obtinet in jud. ſtr. jur. Hîc enim fructus non debentur ex morâ, ſed demum poſt rem judicatam. *l. 38. §. 7. l. 3. §. 1. de uſur.* Uſuræ autem neque poſt rem judicatam; niſi ſtipulatio intervenerit. *l. 24. de præſcript. verb. l. 3. C. de uſur.* ſi ſc. agatur ad id, quod noſtrum nunquam fuit. *d. l. 38. §. 7. in verbis: quod meum non fuit. de uſur.* Aliud autem ſi id, quod noſtrum fuit, petatur; tunc enim idem in ſtr. jur. jud. circa fructus obtinet, quod in b. f. jud. *d. l. 38. §. 7.* (2.) frûctus non veniunt, niſi officio judicis. *Jaſ. d. l. n. 63.*

LXVI. V. Quod poſſit juramentum in litem deferre. *l. 5. pr. de in lit. jur. l. 3. §. 2. ff. commod.* non tantûm propter dolum. *per text. expreſſ. in d. l. 5.* §. 3. ſed & culpam latam, quia (1.) dolus latam culpam in civilibus includit, *arg. l. 32. ff. de poſ.* (2.) quia vox *Culpa*, abſolutè, ut hic poſita, levem denotat; Ut ita Marciani ſenſus rectè procedat, quod in culpâ i.e. levi, in litem non juretur. Et ſententiam hanc non parûm confirmare videtur. *l. 2. C. de in lit. jur.* ubi expreſsè dicitur qvod tunc juram. in lit. ceſſet, ubi neque dolus, neque culpa heredis convincitur, Quod verò dixi in act. b. f. in litem jurari,

ſub

ſub illa limit. acceptum volo, quam tradit Nobiliſs. Dn. D. Struv. *Exerc. XVII. th. 63.* & latius defendit Duarenus *ad L. in actionibus ad rem. 5. ff. de in lit. jur. n. 25.* videlicet, quod ſermo ſit, tantùm de illis b. f. judic. in quibus ad RESTITUTIONEM agitur. Nec illud nego, aliquando in ſtr. jur. judic. jurari, ſc. propter dolum adverſarii, vel probationis damni dati difficultatem. *d. l. 5. §. ult. Add. Duaren. d. l. n. 52.*

LXVII. VI. Quod poſſit eâdem actione cogere rem deteriorem ſolventem, ut vel integram reſtituat, vel cum re deterioratâ ſimul pretium deteriorationis. Quô caſu non illud attendendum, quod poſſit reum ad rem cum omni cauſa reſtituendam condemnare; verùm quod poſſit *eâdem actione*, ita, ut is, qui deterioratam reddere vult, vel reddit, non liberetur ab actione illâ, redditâ re, ſed liberum eſt actori, vel recuſare rem deterioratam, donec cum cauſa reſtituatur, vel accipere, ita, tamen ut eâdem actione damnum petere poſſit. *Schneidvv. in Inſt. ad h. n. §. actionum a. n. 45 & ſeqq.* Obligatio enim reddita re deterioratâ ſ. corpore illo in b. f. judic., non ſolvitur aut perimitur, ſed e. g. res commodata, depoſita deterior reddita qs. non reddita reputatur. *l. 1. §. 16. ff. depoſ. l. 3. §. 1. Commod.* Contrà in ſtr. jur. jud. reddendo rem deterioratam liberatur quis à *prima actione*, & obligatio illa & actio reddito corpore finitur. *L. 7 §. 3. f. de dolo malo. l. 33. §. 1. ſolut. ibiq; Gloſſa. Jaſ. ad n. §. n. 66.* datur tamen actio in ſupplementum vel de dolo, *d. l. 7. §. 3. ff. de dol.* vel in factum. *l. 5. C. ad exhib. Add. Bart. ad L. 7. §. non ſolum. ff. de dolo. ubi rat. quoq; huius rei addit.*

LVIII. VII. Quod non neceſſe habeat, reum alibi ſe ſoluturum in b. f. contract. promittentem, ex actione *quod certo loco* condemnare. *l. 7. pr. ff. quod certo loco.* Cum enim in his ipſis b. f. act. alter alteri in id, quod æquum & bonum eſt, teneatur, & exinde libera ſit poteſtas judicis. *§. 30. de act.*

hâc

hâc actione opus non eſt, & act. b. f. propter locum adjectum arbitrariæ non fiunt. Contra, cum ex ipsâ principali ſtr. jur. actione nullum fit judicis arbitrium, neceſſe eſt, ut judex reum propter locum adjectum peculiariter condemnet, & ſic hæc actio ſtr. jur., arbitraria fiat. *d. l. 7. §. 1. quod certo loco. l. 1. ff. eod.*

LIX IIX: Quod æſtimationem rei reſtituendæ vel dandæ judicet in b. f. jud. ex tempore rei judicandæ, l. ſententiæ latæ, ita ut non reſpiciat an tempore contractus l. intermedio litis tempore pluris vel minoris fuerit. *l. 3. §. 2. ff. commod.* Sciendum verò dupliciter aliquid deberi, vel ut genus, vel ut ſpeciem. De eâ re, quæ ut ſpecies à nobis debetur, & ſine culpâ & facto noſtro interiit, ſermo nunc non eſt. Limit. tamen reg. noſtra ſuprà tradita. (1.) niſi dies adjectus fuerit; tunc enim eum demum ſpectari debere, juris eſſe videtur. *per l. 22. ff. de reb. cred.* (2.) aut agatur actione mandati: in illa enim obſervatur tempus ſolutionis *l 37. pr. ff. mandati.* (3.) mora ſ. debitoris ſ. creditoris interveniat. Tunc enim utrôq; caſu intereſt, an res poſt moram deterior facta ſit, vel pretioſior. Priori caſu, ſi morâ debitoris res deterior reddita ſit, tàm tempus moræ ſpectatur, quàm litis conteſtatæ vel rei judicatæ, utrô pluris venerit. *l. 3. §. 3. ff. de act. emt. verbo: utro pluris. l. pen. ff. de condict. tritic.* Si pretioſior facta, tempus rei judicatæ ſ. ſententiæ reſpicitur. *l. 21. §. 3. ff. de act. emt. in verbo: hodie. Cujac. tract. ad Afric. lib. 8. ad L. 37. ff. mandati.*

LXX. Poſteriori caſu, ſi morâ creditoris res vilior evadat, utro tempore, ſ. moræ ſ. rei judic. minoris res fuerit, id tantùm conſequetur. *d. l. 3. §. 4. ff. de act. emt.* Sin pretioſior fiat, itidem tempus rei judicatæ ſpectandum eſt. *l. 21. §. 3. d. l.* Nec obſtant ei, (quod dicebatur, ſi mora creditoris intervenerit, & res deterior facta ſit, tempus tàm rei judicatæ,

quàm

quàm moræ ſpectari) verba legis: *pretium, quod ſit cum agatur.* Procedunt enim tunc, quando tempore forſan, quô agitur, res minoris ſit, & argumentum rectè concludit, ſi moroſus debitor, quò pluris res fuerit, infert, *d. l. 3. §. 3. de act. emt.* æquabile eſt, ut etiam creditor moroſus, quô tempore minoris fuerit res, ferat. *Cujac. d. l.*

LXXI. Contra in ſtr. jur. act. judex ſpectat tempus litis conteſtatæ. *l. 3. §. 2. ff. Commod. l. 37. ff. mandat. l. 22. de reb. cred. l. ult. de condict. tritic. l. 28. de novat.* Sed & hæc ſententia non abſolutè procedit, verùm ſub iisd. limitationibus, quas ſupra in b.f. act. retulimus, ſc. (1.) niſi dies adjectus ſit. *l. 59. V. O.* (2.) niſi mora intervenerit, quo caſu eæd. diſtinct. ſubaudiendæ *per text. in l. pen. ff. de condict. tritic. l. 37. ff. mandati.*

LXXII. IX. Notabiliter DD. tradunt, quod judex in b. f. jud., ſi actor ultra dimidium læſus fuerit, eô rogante, poſſit condemnare reum, ut vel juſtum pretium ſuppleat, vel rem reſtituat *l. 2. C. de reſc. vendit.* Quæ lex, quamvis ſaltim de contractu Emt. Vendit. loquatur, rectè tamen ad omnes contractus b. f. refertur, ut, quicquid juris eſt in hoc contractu Emt., idem juris debeat eſſe in reliquis b.f. contract. Quandoquidem in omnibus illis, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformari debet. *l. 3. Com. utriusq; judic. Sichard. ad d. l. 3. n. 4.* Contra in ſtr. jur., etſi ibi ſuo modo habeatur ratio æquitatis, reſciſſioni tamē contractus locus non eſt, quia beneficium *L. 2. C. de reſc. vend.* loquitur ſaltim de act. b. f. Verùm ſublevatur actor exceptione doli. *L. 36. ff. V. O.*

LXXIII. Hæ ſunt principaliores b. f. & ſtr. jur. actionum differentiæ, quas ſub officio ac poteſtate judicis, definitione, quam tamen omnes probant, ſic exigente, exprimere placuit. Doctores tamen alii alias adjiciunt. Imprimis ve-

rò quàm maxima & ſpinoſiſſima controverſia eſt, an pacta in continenti adjecta, contractibus ſtr. jur. æque inſint, ac b. f. judiciis? Communis ferè eſt negantium opinio, & hactenus inter contractus b.f. & ſtr. jur. contractus differentiam admittentium. Contrariam tamen affirmativam defendit Zaſ. *ad L. lecta 40. n. 34. ff. de reb. cred. Gloſſa ad L. 7. §. 5. verbo: in bonæ fidei judiciis. ibiq; Jaſ. n. 3. f. & ad d. l. 40. R. C. pr.* eamque acerrimè propugnat Bachov. *ad Treutl. diſp. 6 th. X. lit. A B. & fuſius Tr. ad πρῶτ. tit. de pact. cap. de pact. adject.* qui tamen tertiam & mediam ſententiam fovere videtur, quem ſequitur Magnif. Dn. Frantzk. *Com ad π. tit. de pact. n 36.*

LXXIV. Nos diu multùmque hærentes hâc in re difficilimâ, tandem, ſalvô aliorum Virorum Magnorum judicio, affirmativam ſententiam amplectimur, & facimus cum Nobiliſs. Dn. Præſide *diſp. ſolen. pro Loco. de pactis adjectis.* Et quamvis non ignoremus, in jure vix rotundum extare textum, ubi in terminis dicatur, ex pacto contractui ſtr. jur. adjecto actionem naſci; contra in b.f. contract. expreſsè illud caveri in *l. 13. C. de pact. l. 7. §. 5. ff. eod.*, exinde tamen neceſſariò non ſequitur, E. idem in contract. ſtr. jur. non obtinet.

LXXV. Nec firmiter dici poteſt, textus illos loqui excluſivè. Quandoquidem cauſa certè illius effectus, quod ſc. pactum illud in continenti adjectum actionem formet, hæc eſt, quia id ipſum pactum nudum amplius non eſt, ſed dum vel in limine contractus cautum, vel in continenti additum eſt, unum idemque propter cohærentiam cum contractu, ratione effectus eſſe creditur & dicitur, eâdemque ex cauſa etiam pacta contract. b. f. ſubjecta actionem producunt, quod prius clariſſimè verba initialia *dicti §. 5. Legis 7. de pact.* evincunt. Poſteaquam n. JCtus dixiſſet & in modum regulæ

propo-

propoſuiſſet *in* § *præc. l. 4.* ex pacto non dari actionem, exceptionem ſubjicit, imò interdum pactum parere actionem, ſi ſc. vel cum ipſis conventionis verbis exprimatur, vel in continenti ſubjiciatur. Ita enim loquitur: Igitur nuda pactio obligationem non parit; Quin imò interdum format ipſam actionem; ſed hoc ſic accipiendum eſt, ſi quid. in continenti pacta ſubſecuta ſint. Quæ ratio eum ead. ſit in pactis adjectis *contractibus ſtr. jur.* idem quoque jus in illis debet eſſe: ut ſi pro actore adjecta ſint, etiam actori proſint.

LXXVI. Et quidni affirmaremus? Cum in *L. lecta 40. ff. de reb. cred.* expreſsè dicatur, quod ſtipulationi, quæ tamen omninò ſtr. jur. eſt. *l. 99. V. O. L. unic. §. 2. C. de act. rei uxor.* pacta in continenti adjecta ſtipulationi inſint. Et *l. 4. §. ult. ff. de pact.* conditio, quæ omiſſa erat, tanquam expreſſa fuiſſet, eidem ineſſe perhibetur. Reſpondent diſſentientes homonymiam eſſe in phraſi *ineſſe*. Ineſſe equidem pacta adjecta contr. ſtr. jur. ſed non *ex parte actoris*, i. e. ut agere liceat, benè tamen ex parte rei, ut *ad exceptionem* proſint. Verùm cum phraſis *ineſſe* in b. f. judic. non id ſaltim denotet exceptionem producere, ſed & actionem, *per d. l. 7. §. pænult. ſ. ff. de pact.* divinationis aliquid ſapere videtur, ſi prius tantùm jud. ſtr. jur. concedere vellemus, quia vis illa inexiſtentiæ ut ante dictum fuit, non à qualitate negotii, ſed *aſſiſtentiâ contractus* dependere dicitur. *d. l. 7. §. 5. verbis: ſi quid in continenti ſubſecuta ſint. ff. de pact.*

LXXVII. Nihil hùc facit, quod ibi exempla tantùm b. f. judic. referantur, & idem in *l. 13. C. eod.* repetatur, quia ratio §. h. generalis eſt, & unius incluſio non ſtatim eſt alterius excluſio per vulgatam regulam. Ut rectè aſſerat Bachov. *d. l. de pact. adi. n. 4. pr.* plura de b. f. judic. & contractib. prædicari, quæ tamen propria eorum non ſunt ut *in l. 3. C. ex quib. cauſ. maj. l. 5. ff. de pignor. act.* Vacillare quoque meritò vi-

detur Bachov. conſequentia argumenti, quod Cujac. *X. obſ. 24.* nectit: Si hactenus differentia eſt inter b. f. & ſtr. jur. judicia, quod pacta ex intervallo contract. b. f. ſubjecta etiam exceptionem operentur *L. 7, §. 6. ff. de pactis.* ſequitur, quod etiam differentia ſit quoad pacta in continenti adjecta, ut, quemadmodum in his pacta adjecta actionem producunt, ita ſecus in illis. Quod enim ibi pacta ad exceptionem proſint, non exinde eſt, quod contractus partem faciant, ſed quia b. f. contractib. exceptiones inſunt. Hîc verò in continenti adjecta ideò proſunt, quia contractus partem faciunt. Quod cum in utroq; contractuũ genere fiat, neceſſe eſt, ut idem operentur. Quin imò expreſsè dicitur in *l. 27. C. de pact.* quod ex ſtipulatione, quæ pactum anteceſſit, ſecundum ſe ſententiam ferri, rectè poſtuletur. & in *L. 52. V. O.* legitur, quod in conventionalibus ſtipulationibus contrahentes formam dare poſſint; perſonæ quoque in jus ſuccedentium per ſtipulationis legem obligentur. *l. 13 ff. comm. præd.*

LXXVIII. Non obſtat nobiſmetipſis *L. rogaſti. 11 §. 1. ff. de reb. cred.* ubi dicitur, etiamſi contractui mutui, qui eſt ſtr. jur., tale pactum annectat quis, ut pro decem, undecim reddat, tamen ex pactò illò plus peti non poſſe. E. pactum contr. ſtr. jur. adjectum actori non prodeſt. Reſpondendum enim videtur *undecim* peti non poſſunt, non ideò, quia mutuum eſt contractus ſtr. jur., pacta autem illi adjecta ad actionem non proſunt, ſed quia in contract. ſtr. jur. uſuræ, (quas utique illud ſaperet, ſi pro X. *undecim* reddenda eſſent,) non debentur, niſi ex ſtipulatione, per text. expreſs. *in l. Titius. 24. de præſcript. verb. l. 3. C. de uſur. junct. l. 40. pr. verbis ſtipulatus eſt. ff. de reb. cred.* Quin verò aliud pactum proſit mutuò adjectum, nulli dubitamus ob *L. 48. ff. de pact.* Subſiſtere itaque opinionem noſtram putamus, & LL. jur. civil. conſentaneũ eſſe, pacta in continenti adjecta contractibus tàm b. f. quàm ſtr. jur. actionem producere. LXXVI.

LXXVII. Sed neque ſic omnem difficultatem ſuperavimus. Quæſtio enim adhuc eſt, an quodvis pactum adjectum actionem contractus formet; h. e. an ex omni pacto, câdem contractus, cui adjicitur, actione experiri liceat? Diſtingv. inter pactum adjectum contra eſſentiam ſ. ſubſtantiam contractus, & inter pact. adject. præter & ſecundum eam. Quæ v. eſſentiæ, ſubſtantiæ nomine veniant, vide Nobililiſs. Dn. D. Struv. *Syntagm. jur. civ. Exerc. VI th. 23. & ſeqq. & Syntag. feud. c. 2. n. 4. pr.* Prius pactum non informat actionem, ſed contract. planè immutat. *l. 80. §. ult. de contract. emt. §. ult. J. mandati.* Poſterius informare actionem dico. Et quantum ad pacta, quæ ſec. naturam contractus adjiciuntur, dubium nullum eſt, quin forment: quoad illa verò, quæ præter contractus naturam, textus ſunt in *l. 24. l. 26. §. 11. depoſiti.* ubi præter naturam depoſiti, quæ regulariter gratuita eſt, nihilominus propter pactum adjectum uſuræ actione depoſiti peti poſſent.

LXXVIII. Bachovius ſubdiſtinguit *Tr. ad τὰ πρῶτα. c. de pact. adject. n. 6.* inter pacta, quæ ipſum contractum & obligat. eius concernunt, & quæ ab eo aliena ſunt. Illa pacta informare contractum vult. Hæc negat. Nititur *L. 7. §. 6. de pact. verbis: ex eod. contractu ſit.* Verùm quamvis hæc Bachovii ſententia haud inepta videatur, cum tamen hinc inde in LL. dicatur, quod ex pact. adject. in continenti, etiam iis, quæ contract. aut eius præſtationes non concernunt, actiones ex eód. contractu dentur, ut eſt in *L. 66. L. 79. de contrah. emt. l. 6. §. 1. 2. de act. emt. l. 2. C. de pact. int. emt. & vend.* non audeo in eam deſcendere, & non ſolùm ea pacta actionem formare videntur, quę contractū contingunt, ſed illa omnia, quæ in continenti contractibus adjiciuntur, modò non ſint contra ſubſtantiam eorum.

LXXIX. Objici poſſet, quod pacta illa adjecta nonnun-

quam actionem non informent. ſed tribuant act. præſcriptis verbis. *l.6 ff. de reſc. vendit. l. 2. C. de pact. convent.* Reſp. non nego nonnunquam dari actionem præſcriptis verbis, ſ. cum act. contractus concurrere. Dubium inde oritur, quod actio præſcriptis verbis ſit ſubſidiaria & extraordinaria, quæ non niſi deficientibus aliis actionibus datur. Reſp. hactenus concurrit, ut, ubi incertum eſt, an actione ex contractu experiri poſſimus, actione præſcriptis verbis agamus. *l. unic. de æſtimat. act. l. 1. pr. præſcr. verb.*

LXXX. Pergis & opponis quoad b. f. judicia, actio præſcriptis verbis eſt ſtr. jur. E. pacta illa adjecta ex contr. b. f. ſtrictum reddent? Reſp. cum Sichardo *ad tit. C de pact int. emt. & vend n. 3.* in aliis caſibus eſt ſtr. jur. Sed cum datur ex Emt. Vendit., aliove b. f. contractu, actio præſcriptis verbis b. f. actio erit, quia ſurrogatum ſapit naturam ſurrogati.

LXXXI. Deinde Locam. *in not. ad §. 1. verſ. heredibus de perpet. & temp. act. lit. h.* notat, quod in act. pœnalibus ex contract. b. f. deſcendentibus, heres, etiamſi ad heredem nihil pervenerit, in ſolidum teneatur. Secus eſſe in ſtr. jur. jud. Quam ſententiā imprimis confirmat *L. 152 §. ult. ff. R. J.* ubi dicitur, quod in contract. quib. doli præſtatio & bona fides ineſt, heres in ſolidum teneatur. Verùm cum textus ille de dolo ſaltim, ratione cuius differentiam agnoſco, loquatur, imò alii textus generaliter loquantur, meritò de huius rei aſſertione dubitare licet. *Vid. Nobiliſſ. Dn. D. Struv. Syntagm. jur. Civ. Exerc. XLVI th. 79.* Idem *ad §. 9. de except.* aliam tradit differentiam ſc. quod in act. b. f. exceptiones perpetuæ ſ. peremtoriæ ſemper i. e. tàm ante, quàm poſt litem conteſtatam poſſint opponi. *d. §. 9.* ex ratione, quia except., ut ſæpius dictum, b. f. jud inſunt. *l 3. ff. de reſc. vend. l. 7. §. 6. de pact.* In ſtr. jur. aut. judiciis non niſi in ipſam litis conteſtationem deduci debere exceptiones *per L. 9. C. de except. l. 9. ff. R. V. l. 9.*

C. de long. temp. præſcript. Verùm cum textus §. *9.* ſimpliciter & in genere loquatur, neque mentio fiat ibi b. f., & nudè in *l 8. C. de except.* aſſeratur, quod except. peremtoriam, quam ante conteſtari ſufficit, omiſſam, priusquam ſententia feratur, objicere liceat; non videtur textus poſſe reſtringi ad b. f. ſaltim judicia: cum illa ſit natura except. peremtoriarum, ut ſemper litem dirimant *d. § 9. de except.* & ſemper locum habeant. *l. 3. ff de except.* nec demum ex qualitate b. f. id accipiant. Quid? quod dilatoriæ ante litem conteſtatam debent allegari. *l. ult. C. de præſcript. l pen. eod.* peremtoriæ v. illis opponuntur: ſequitur E. quod & hæ in b. f. jud., & ſtr. jur. poſſint audiri etiam poſt litem conteſtatam.

LXXXII. Denique Andr. Kohl. *Exerc. XII. Limit. 11. n. 59. usq. 63.* illam pluribus defendit inter b. f. & ſtr. jur. contract. differentiæ rationem, quod contr. ſtr. jur. adjectione diei, cuius præſtationem anguſtia temporis reddit impoſſibilem, ipſo jure ſint nulli: contra b. f. judicia illâ adjectâ non vitientur, ſed ſubſiſtant. Poſterius de b. f. jud. & contract probat. *(1.)* per rat. iſtam generalem, quod in his alter alteri præſtet, quod æquum & bonum eſt. §. *30. de act.* ut rectè tantùm temporis indulgeri debeat, intra quod dari fierive, vir bonus arbitratus fuerit. (2.) quod neque legata, relicta ſub die, cuius præſtationem anguſtia temporis facit impoſſibilem, vitientur. *l. 12. §. 2 ff. de leg. 1.* inter conrractus autem b. f. & ultimas voluntat. aliàs cognatio quædam ſit, & convenientia, unde ſæpius comparantur. *vid. l. f. C. in quib cauſ. reſt. non eſt neceſſ. l. 108. §. 12. de leg.* (3.) per text. in *L. 58. §. 1. ff. locati*, ubi, quamvis conventum ſit, ut intra certum tempus quid reficiatur, ſi tamen illud propter brevitatem termini non fiat, contractus non vitiatur, potius tempus illud, quatenus vir bonus æſtimaſſet, contractum intelligitur. Contrarium habetur in ſtr. jur. jud. *in L. 2. §. 6. f. de eo quod certo*

to loco. §.5. J. de V. O. ubi expreſsè dicitur, quod contract. ſtr. jur. ſtipulatio propter diem adjectũ nimis anguſtum, inutilis reddatur. Inutilis autem ſtipulatio illa non eſt, quæ ſubſiſtit, & removetur quid. per except. ſed quæ planè nulla eſt. *argumento. §.1.2. de inutil. ſtip. & aliis textib.* Cui non obſt. *l. ult. §.4. ff. V. O. Vid. Kohl. d. l.*

Affinia.

LXXXIII. Dictum fuit ſub initio effectus act. b. f. & ſtr. jur., effectum b. f. act. in eô potiſs. verſari, quod judex *ex bona fide judicet*, h. e. liberã habeat poteſtatem judicandi, quod æqvũ & bonum eſt. Cum igitur ſint quædam negotia, circa quæ idem affirmari videtur, rectè quæritur annon & illa inter b. f. jud. ſint referenda? unde hæc ipſa ſub hôc capite exhibemus. Primò omnium enim controverſum eſt hoc in actionibus, quas dicunt *arbitrarias*. Nam has quoq; b. f. actiones non tantùm dici mereri, ſed & eſſe videtur quibusd., quia & in act. arbitrarijs permittitur judici ex æquò & bono æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri debeat. *§31. J. de act.* Et facit pro hac ſententia porrò (1.) quod Imp. in *§. 28. d. t.* arbitrariar. actionum non fecerit mentionem, quare incluſas eas voluiſſe intelligi poteſt. Jam illæ propius accedunt ad b. f. jud., quod omnes concedunt, dum in iſtis eſt aliquod ſimulacrum officii judicis largioris *d. §. 31. f.* (2.) quod ipſe Imp. hoc innuere videatur, quãdo *pr. d. §31.* ait. Preterea i. e. præter modo dictas b. f. act. expreſſas, alias quasdam, ſc. b. f. eſſe actiones arbitrarias. 3.) Ipſæ quoq; b. f. actiones arbitria appellentur, ut eſt in *l. 17. C. fam. erisc. rubr. C. arbitr. tut.* & inter arbitriũ & arbitrariam act. nihil intereſſe videri poſſit; ut ex his omnibus rectè concludatur, act. arbitrar. eſſe act. b. f.

LXXXIV. Verùm his omnibus non obſtantibus dici debet

bet, act. arbitr. non eſſe act. b. f. Nam in *l.3.* §. *1. de uſur.* in terminis diſtingv. ab invicem, & in *l. 7. ff. quod cert. loc.* in tantùm JCtus Paulus facit b.f. act. ab arbitrar. repugnantes, ut nec illas tales evadere dicat, etiamſi conventio, ut certô locô quid præſtetur, adjecta ſit, quæ tamen adjectio act. ſtr. jur. arbitrarias reddit. Et ad actionem b.f. requiritur, ut qualitas illa, quâ permittitur judici ex æquo & bono judicare *ipſi actioni connata & interna ſit*, ut ſupra probavimus: quæ cum in act. arbitrar. deficiat, apparet eas dici non mereri, nec eſſe b. f. Quod enim contumacem in id, quod intereſt, condemnare poſſit, non eſt ex *natura actionis nativa* ſed dativa, formula ſc. Prætoris e.g. ſi apparet rem eſſe Titii, neque ea res arbitrio tuo reſtituatur, judex condemna. Deinde nec illud concedimus, in act. arbitrar. ex æquo & bono permitti judicare, quantum actori ſatisfieri oportet. Quamvis enim integra illa verba habeantur *in d.* §. *31.* quibus DD. ſuperſtitiosè inhærere dolet Bachov. *diſp. 7. de act. th. 2. circa fin.* nihil tamen magis important, quàm *condemnationem faciendam in pœnam*, vel quantum in litem juratum fuerit: quæ v. condemnatio contumaciam ſubſequens in ſe non habet, quô ſpectetur *facultas & libertas judicandi*, in quâ tamen officium judicis b. f. ſubſiſtit. Ingenioſus Bachov. *d.l.f.* Quare planè corruit illa obj. prima, quæ alicuius momenti videbatur.

LXXXV. Reliqua facilè dilui poſſunt. Quod enim attinet (1.) Imp. neceſſe non habuit, arbitrariar. actionũ mentionem facere, cum ſint diſtinctæ ſpecies ab act. b. f. & ſtr. jur. Quantum enim diſtent ab illis, jam dictum fuit; ab his eat. differunt, quia in act. ſtr jur. planè nullum judicis arbitrium eſt, quod in act. arbitr. aliquo modo videtur, dum præter reſtitutionem rei, à prætore poteſtas datur judici, reũ condemnare in id, quod intereſt, ni pareat. Altera objectio, nullius eſt

 momen-

momenti. Eſt enim captatio verborũ, nec iſte eſt ſenſus, ſed hic: quod præterea i.e. præter act. b. f. & ſtr. jur. ſint quædam actiones, quas arbitrarias appellare ſoleamus. Tertia quoq; non evincit arbitrar. eſſe act. b. f., quia b. f. act. arbitria dicuntur, aut judex in b. f. jud. arbiter. Dupliciter n. vox *arbiter* & *arbitrium* accipitur. (1.) pro eo, qui liberam habet judicandi poteſtatem ex æquo & bono *vi ipſius naturæ actionis*, ut judex in judicio pro ſocio, fam. erciſc. cuius officium deſcribitur. *§ 30 pr. de act.* (2.) pro eo, qui non habet liberam judicandi facultatem vi actionis; ſed qui ſaltim *propter accedentem juſſum Prætoris aliquẽ in aliud, quàm principaliter in actione eſt*, condemnare poteſt, ad eumque modum officium eius, quod in *§. 31.* deſcribitur, intelligi debet.

LXXXVI. Deniq; meritò quis dubitet de legatis & fideicommiſſis, annon & illa ſint b. f., cum ut plurimũm conjungantur, & quod in b. f. judic. obtinet, in illis obtinere dicatur, ut eſt *in l. 108. § 12. de leg. 1. l. 3. f. C. in quib. cauſ. reſt. in integr.* item de actione funeraria, quæ in terminis dicitur ex æquo & bono oriri. *l. 14. §. 6. de reliq.* & judex in ea ſolutius æquitatem ſequi, cum hoc ei actionis natura indulgeat. *d. l. 14. §. 13. f.* Verùm promiſſi memor hæc & ſimilia diſcurſui relinquimus, negativâ aſſertione nunc contenti.

Contraria.

LXXXVII. Quæ ſit b. f. & ſtr. jur. act. natura, earumq; qualitates & exinde differentiæ, diximus. Quæri ſolet, an illæ jam pacto mutari poſſint? Et quamvis Gœdd. *Tr. de contrah. ſtip. c. 8. n. 25: cum Joh. Andr. Nicolai, tr. de act. diſp. 2. n. 4. in exeg.* ſimpliciter negare videatur, poſſe diſcrimen illud inter act. b. f. & ſtr. jur. pacto contrahentium tolli, nullus tamen mihi perſuadere poſſum, loqui eos *de ſingulis actionum qualitatibus*, ſed *de ipſa earum natura intrinſecâ*, ita, ut, pri-

vati

vati neutiquam actionum illarum *naturam* evertere valeant, & conſtituere, ut actio b.f. ſua natura talis, impoſterum non ſit talis, benè autem convenire, ne ſecundum illarum naturam largior huius vel illius articuli interpretatio fiat, aut ne e.g. beneficium compenſationis locũ habeat. Cum pacta circa naturalia contractus addita, utiq; inſint, & naturam contractus non tantùm augeant, ſed & minuant. *Nobiliſſ. Dn. Struv. Exerc. VI. th. 27.* imò quilibet juri pro ſe introducto renuntiare poſſit, & beneficium, quale certè magnum eſt in arbitratu judicis, invito non detur. Unde nobis non adverſatur, *l. 17. R. J. aut L. 38. ff. de pact.* ubi dicitur, quod neque ex jure publico, neq; prætorio neq; ſolenni aliquid privatorum pacto mutari poſſit, quod & nos aſſerimus, non poſſe effici privatorum conventione, ne actio b.f. non ſit b.f. Potius ipſa *l. 27. R. J.* ſententiam noſtram confirmat, quippe quâ dicitur, obligationum cauſas pacto poſſe minui. E. poteſt conveniri à partibus, ne hæc vel illa qualitas, quæ aliàs in obligat. reo vel actori proſit. Sic poteſt quis paciſci, ne ædilitium edictum locum habeat in emtione. *l. 31. de pact.* evictio non præſtetur. *l 37. de evict. add. l. 43. de pact. l. 2. de leg. commiſſ.*

LXXXVIII. Nec facimus cum Bald. *Vol. 1. conſil 343 n. 3. f. & ex eo Weſenb. ad* § *28. de act. n. 1.* qui ex falsâ hypotheſi, qs. exceptio doli mali contractui ſtr. jur. addita bonæ fidei eum reddat, à contrario concludit. E. & benè per pactũ expreſſum contractus b.f. ad ſimilitudinem contr. ſtr. jur. redigi poteſt. Neq; quicquam pro hac ſententia allegata *l. 19. ff. de uſufr. leg. & l. 17. de fid. inſtrum.* loquuntur. Tutiſſima itaq; ſententia media eſt, quod pleraque b. f. conventionum & actionum qualitates pacto tolli queant. Bach. *de act. diſp. 6. th. 16.* Ipſa v. *natura* minimè. Quare firmiter dici non videtur, appoſitâ doli mali exceptione, aut clauſulâ conſueta: Alles treulich und ohne Gefehrde / contractui ſubjectâ, ipſum contractum

 ſtatim

ſtatim immutari, & ex contr.ſtr.jur., b.f. contr. oriri: quandoquid. & prior illa exceptio, & poſterior clauſula, *dolum* ſaltim excludit non *naturam aliam* negotio addit. *Diſſ. Cujac. 3. obſ. XVII.*

LXXXIX. Coronidis loco annecto quæſtionem: an etiam de jure Canon. hæc act.b.f. & ſtr. jur, differentia obſervetur? Et cum illud à legum ſubtilitate non rarò abeat, ut conſtat, & id ſaltim attendat & ſequatur, quod æquitas ſuadet, qualitas autem *ſtr. juris* ſit de ſubtilitate juris. *l. 36. V. O.* æquum v. videatur, ut ead. cujuslibet contractus ſit natura; dicendum eſſet, quod illô jure nulla ſit differentia. Præprimis cum textus eam in rem apertus adduci vix poſſit. Verum Reſp., regula aliàs eſt; Quæc. jure Canon. expreſsè correcta non leguntur, ſtare creduntur. Rittershuſ. *in proœm. ad diff. jur. Civ. & Canon. circa fin.* Quapropter cum hæc differentia ſublata in jure Canon. nunquam forſan legatur; quid? quod in terminis Bonæ Fidei Contractuum mentio fiat *in cap. cum venerabilis. 6. X. de except. verſ. ad hæc epiſcopus.* Non debet non dici quod de Jure Canon. differentia inter act. b.f. & ſtr. jur. adhuc ſubſiſtat. Nec eſt quod quis regerat, narrativè ſaltim poni; verius enim eſt aliquid plus inferre. Cum pars illa litigantium in eo ſe fundet, Papa verò illud non rejiciat.

Et tantum, de act. b. f. & ſtr. jur. naturâ atque differentiis.

Quæ ut Candidus Lector æqui bonique conſulat, amicè rogo.

LAUS DEO ET GLORIA IN SECULA.